



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –
FAJS

ALINE ARANTES OLIVEIRA LOUREIRO

**A AUTONOMIA DA VONTADE CONTRATUAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2017

ALINE ARANTES OLIVEIRA LOUREIRO

**A AUTONOMIA DA VONTADE CONTRATUAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro.

BRASÍLIA

2017

ALINE ARANTES OLIVEIRA LOUREIRO

**A AUTONOMIA DA VONTADE CONTRATUAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
Bacharelado em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias
Ribeiro.

Brasília, 31 de março de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família pelo apoio. Ao meu orientador, Júlio César Lérias Ribeiro, e aos meus professores da graduação.

RESUMO

Esta pesquisa diz respeito à autonomia da vontade nos contratos expressa na vigência do ordenamento jurídico atual. O contrato é historicamente o meio de expressão da vontade individual e autônoma dos contratantes. Hoje, contudo, há uma relativização dessa vontade em prol de princípios da teoria contratual contemporânea. A presente pesquisa analisou a evolução histórica da teoria contratual e do pensamento acerca da autonomia da vontade, bem como a atual intervenção estatal na vontade dos contratantes. A hipótese obtida e validada pelos argumentos desenvolvidos está em que a autonomia da vontade é relativizada para moldar-se aos novos princípios contratuais somente quando fere demais princípios contratuais. De outro lado, quando a vontade é expressa em consenso com o restante do ordenamento, ela permanece autônoma e intocável, não podendo o Estado interferir no contratado.

Palavras chave: Civil. Contratos. Princípios. Autonomia da vontade. Relativização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A DOCTRINA DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	10
1.1 Contratos: Princípios contratuais na doutrina civil contemporânea.....	10
1.2 Histórico de ideias: Princípio da autonomia da vontade.....	17
1.3 Relativização da autonomia contratual.....	21
2 A AUTONOMIA DA VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL..	26
2.1 O direito da livre iniciativa e a função social do contrato na Constituição de 1988.....	26
2.2 A autonomia da vontade no Código de Defesa do Consumidor de 1990.....	32
2.3 A função social no Código Civil de 2002.....	37
3 JURISPRUDÊNCIA SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE CONTRATUAL NOS CONTRATOS REGIDOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE 1990.....	40
3.1 Jurisprudências em favor da aplicação da autonomia da vontade contratual.....	40
3.2 Jurisprudências contrárias à aplicação da autonomia da vontade contratual.....	44
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado nesse trabalho será o da autonomia da vontade nos contratos civis. O tema será delimitado ao ordenamento jurídico vigente no Brasil para serem analisados os efeitos da autonomia da vontade contratual diante da teoria contratual contemporânea e seus princípios, com ênfase no princípio da função social do contrato.

Como justificção para o presente estudo, será tratado a convivência da autonomia da vontade com os demais princípios contratuais atuais e sua compatibilidade de aplicação. A autonomia da vontade é um dos princípios clássicos dos contratos que constituíram a base de todo o direito privado. Hoje, porém, existem outros princípios que surgiram na contemporaneidade e são aparentemente conflitantes com a chamada Teoria Clássica dos Contratos. Diante disso, este trabalho tem por objetivo o estudo da compatibilização dos princípios clássicos contratuais, com foco na autonomia da vontade, com os princípios contemporâneos, focando o princípio da função social do contrato, observando a finalidade do interesse social no bem-estar.

Será enfrentado neste estudo a dificuldade de aplicação da autonomia da vontade nos contratos e o cerceamento da vontade pura das partes no âmbito das atuais práticas do mercado, representadas, em muito, pelos contratos de adesão. Além disso, enfrentar-se-á a convivência entre os princípios, uma vez dificilmente há harmonia espontânea entre diferentes princípios.

A hipótese para a resolução do problema envolverá a utilização de todos os princípios contratuais contemporâneos como indicadores à vontade das partes no contrato. Ou seja, a vontade das partes será válida em uma relação contratual, quando

estiver modulada junto aos princípios contemporâneos, como a função social. Isto garante que a vontade das partes não ferirá os preceitos e objetivos do atual ordenamento jurídico brasileiro. Porém, nem sempre a vontade das partes considerada válida será pura e independente.

No capítulo um, serão abordadas as questões conceituais acerca do tema. Tratará da doutrina clássica e contemporânea dos contratos e da evolução histórica da autonomia da vontade. No primeiro tópico será apresentada a teoria geral dos contratos enfocando os princípios contratuais contemporâneos. No segundo tópico, se dará a consideração dos aspectos históricos envolvendo a autonomia da vontade, com uma breve digressão histórica. No terceiro e último tópico, será analisada a relativização da autonomia da vontade, em especial diante da função social do contrato.

No capítulo dois, serão analisadas a autonomia da vontade e a função social do contrato no ordenamento jurídico vigente no Brasil. O primeiro tópico tratará desta análise diante da Constituição Federal de 1988. O segundo tópico fará a análise diante do Código de Defesa do Consumidor de 1990. Por fim, o terceiro tópico tratará da análise diante do Código Civil de 2002, a fim de estudar a sintonia a harmonia entre esses dois princípios.

No capítulo três, será realizada uma análise do ponto de vista jurisprudencial. No primeiro tópico levar-se-á em consideração um julgado no qual a autonomia da vontade prevaleceu diante da tentativa de interferência judicial. No segundo tópico será considerado um julgado no qual a decisão foi desfavorável a aplicação pura e simples da autonomia da vontade. Os julgados analisados serão relativos à contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Por fim, serão utilizados a doutrina nacional contemporânea, a legislação atual e a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. A metodologia compreenderá pesquisa doutrinária e de julgados.

1 A AUTONOMIA DA VONTADE

Neste capítulo serão abordadas as questões conceituais acerca do tema. Tratará da doutrina clássica e contemporânea dos contratos e da evolução histórica da autonomia da vontade. No primeiro tópico será apresentada a teoria geral dos contratos enfocando os princípios contratuais contemporâneos. No segundo tópico, se dará a consideração dos aspectos históricos envolvendo a autonomia da vontade, com uma breve digressão histórica. No terceiro e último tópico, será analisada a relativização da autonomia da vontade, em especial diante da função social do contrato.

1.1 Contratos: Princípios contratuais na doutrina civil contemporânea

Os contratos são, conforme Caio Mário da Silva Pereira, um negócio jurídico bilateral que exige o consentimento das partes. Pressupõe seja em conformidade com a ordem legal, tendo o condão de criar direitos e deveres aos contratantes.¹

Os contratos, na concepção moderna, podem ser classificados em: típicos e atípicos; consensuais, formais e reais; onerosos e gratuitos; bilaterais e unilaterais; comutativos e aleatórios; de execução imediata, diferida e sucessiva; individuais e coletivos; de adesão; e coligados.²

Os contratos típicos e atípicos eram conhecidos pelo Direito Romano como nominados e inominados, porém, a doutrina contemporânea tradicional os trata como

¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 7.

² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 55-70.

típicos e atípicos.³ Um contrato é típico, quando as regras disciplinares estão descritas de forma precisa nos Códigos e nas leis e é atípico quando não estão previstas mas atendem as normas gerais estabelecidas para os contratos.

Os contratos consensuais são os que só exigem o acordo das partes para existirem. Por outro lado, os formais ou solenes exigem além do consenso entre as partes a observância de certas formalidades exigidas em lei, como por exemplo, o contrato de casamento. Já os contratos reais são aqueles que exigem para sua perfeição a entrega da coisa, *traditio*⁴, como requisito para própria constituição do ato, um exemplo desse tipo contratual é o mútuo. Assim, temos que a regra são os contratos consensuais, uma vez que todos os outros também pressupõe o consenso, só que com especificidades além dele.⁵

Os contratos também podem ser onerosos ou gratuitos. Os primeiros são os que ambas as partes obtêm vantagens e os encargos também são distribuídos. Os gratuitos por sua vez, são aqueles em que somente uma das partes auferir vantagem e a outra suporta o encargo sozinha, um exemplo deste tipo de contrato é a doação.⁶

A classificação em contratos bilaterais e unilaterais considera, por sua vez, os efeitos do contrato e não a constituição do mesmo, uma vez que todo negócio jurídico tem que ser formado a partir da manifestação de vontade bilateral. Assim, os contratos bilaterais são aqueles que criam obrigações para ambos os contratantes e

³ Caio Mário fala que os romanos dividiam os contratos em duas largas classes: nominados e inominados. Os que compunham as figuras contratuais identificadas por linhas dogmáticas definidas e eram designados por seus próprios nomes eram nominados, geravam direitos e obrigações de forma plena. Os inominados eram os que não se enquadravam nos modelos conhecidos e denominados, mas com a complexidade da vida passaram a existir, porém, não eram revestidos de todos os efeitos e admitidos por via indireta.

⁴ Entrega.

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 57-59.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 60.

unilaterais os que criam obrigações para somente uma das partes. Essa classificação difere da classificação entre onerosos e gratuitos, pois ainda que exista, na maior parte dos contratos, correspondência entre bilaterais e onerosos e entre unilaterais e gratuitos, não são a mesma coisa. O contrato de mútuo é um exemplo de contrato unilateral oneroso e o mandato por sua vez pode ser bilateral e gratuito.⁷

A subdivisão entre contratos comutativos e aleatórios vale somente para contratos bilaterais, é uma subdivisão da espécie de contratos bilaterais. Os comutativos são aqueles nos quais as prestações de ambas as partes são conhecidas previamente e seus valores são equivalentes. Os aleatórios são aqueles em que a prestação de uma das partes não é de antemão conhecida e por isso não há equivalência necessária com a da outra parte.⁸

Os contratos ainda podem ser classificados com base na sua execução, em contratos de execução imediata, diferida e sucessiva. Os primeiros são aqueles nos quais a execução é por prestação única e tem como efeito a extinção da obrigação. Os diferidos são os que a execução se dá a termo, e só com a completa execução que se dá a extinção da obrigação. Já os de execução sucessiva são aqueles que persistem até a ocorrência de uma causa extintiva desejada por ambas as partes, muito embora no decorrer do contrato ocorram soluções periódicas que não extinguem a obrigação. Um exemplo de contrato de execução sucessiva é a locação, muito embora haja o pagamento dos aluguéis, tais pagamentos não extinguem o contrato.⁹

⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 62.

⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 63.

⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 64.

Os contratos individuais são os que levam em conta a vontade individual do contratante e os coletivos, mais utilizados no Direito do Trabalho, levam em consideração a vontade de uma coletividade representada, que não gera obrigações somente para quem participa efetivamente de sua formação e sim para todos que são representados no contrato. A convenção coletiva de trabalho é exemplo desse tipo contratual.¹⁰

Os contratos de adesão, muito comuns na sociedade contemporânea, e que será objeto de aprofundamento mais adiante, são aqueles nos quais uma das partes aceita tacitamente cláusulas e condições previamente elaboradas pela outra, não há debate entre as partes contratantes. Há doutrinadores que dizem que tal espécie não tem natureza contratual justamente por não estar presente a vontade de uma das partes. Ocorre que a oferta permanente e aberta dos contratos de adesão e a necessidade de ampla divulgação para alteração de cláusulas contratuais juntamente com a aceitação da parte aderente configura natureza contratual aos contratos de adesão.¹¹

Por fim, a última espécie contratual é a dos contratos coligados. Esta espécie não se refere a uma característica do contrato em si, mas a uma rede de contratos que tem suas execuções interligadas e dependentes. É resultado da hipercomplexidade contratual gerada pelos interesses interligados de diferentes contratos, um exemplo é o contrato de plano de saúde, que coliga contratos de prestação de serviços, hospitalizações e fornecimento de medicamentos.¹²

¹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 65-66.

¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 66-70.

¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 70.

Além das espécies contratuais apresentadas o direito contratual contemporâneo encontra-se pautado por princípios vinculadores dos pactos feitos pelos contratantes. São eles: autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória, relatividade dos efeitos, boa-fé, equilíbrio contratual e função social.¹³

O princípio da autonomia da vontade consiste na liberdade de contratar das partes em uma relação jurídica negocial. Essa autonomia se dá por meio da manifestação de vontade. A autonomia da vontade reflete a liberdade do indivíduo e essa liberdade se traduz em três perspectivas: direito de contratar ou não, de escolher com quem se contrata e da possibilidade de escolher o objeto contratado.¹⁴ Esse terceiro, segundo Caio Mário da Silva Pereira trata da fixação das cláusulas contratuais e segundo o autor:

O princípio da liberdade de contratar ostenta-se, não obstante, na faculdade de não adotar aquelas normas-padrão ou aquele modelo pré-moldado. O Código admite expressamente essa liberdade, ao estatuir no seu art. 425 que é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais nele fixadas.¹⁵

A autonomia da vontade, como veremos a seguir, sofreu várias relativizações e até mesmo supressões, o que coloca tal princípio longe de ser absoluto como consideravam os liberais. No ápice deste princípio, no período pós Revolução Francesa, foi instituída a ideia de que o que era convencionado legalmente tinha o mesmo poder das leis entre as partes que convencionaram.¹⁶

¹³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 7-28.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Volume 3, p. 20.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 22. 2014.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Volume 3, p. 36.

O princípio do consensualismo dispensa o formalismo contratual. Basta o consentimento das partes contratantes para a formação do contrato. Não é necessário nesse caso, contrato formal para a validade do convencionado, por exemplo, na compra e venda de bem móvel, basta o consenso à sua configuração. Dispensando-se outra forma de ser.¹⁷

O princípio da força obrigatória dos contratos, conhecido por *pacta sunt servanda*¹⁸, consiste na obrigatoriedade de cumprimento do ajustado entre as partes contratantes. Como prevê o princípio da autonomia da vontade, as partes não são obrigadas a contratar, porém, uma vez pactuado, deve ser cumprido, como lei entre as partes e vinculante de seus atos.¹⁹

A relatividade dos efeitos é um princípio que resguarda direitos de terceiros. Prevê que o terceiro não pode ser atingido por contrato do qual não participa. O campo contratual, classicamente considerado, é o campo da prestação de conduta, eminentemente exigível entre as partes aderentes ao contrato.²⁰

A boa-fé é a valoração interpretativa do contrato, com o intuito de preservar o direito e a ética na sociedade. A boa-fé é dividida em boa-fé objetiva e subjetiva. A primeira está relacionada com o dever de honestidade com a outra parte contratante. Já a boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância, presumida pelas circunstâncias, quanto a ferir direito alheio, a verdadeira convicção de estar agindo de forma correta. Assim,

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Volume 3, p. 47.

¹⁸ “Os pactos devem ser cumpridos”.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 13.

²⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 15.

tem-se que a boa-fé contratual, enquanto princípio, se refere precipuamente à boa-fé objetiva quanto ao dever de honestidade e ética das partes contratantes.²¹

O princípio do equilíbrio econômico trata do equilíbrio das partes na relação contratual para garantir que não ocorra onerosidade excessiva e enriquecimento ilícito no firmamento do pacto. Esse princípio tem muita importância nos dias atuais, como instrumento da circulação de riquezas, e por isso limita até mesmo o princípio da obrigatoriedade do contrato, o contrato pode ser resolvido devido ao desequilíbrio econômico, o que suscitaria na mitigação da obrigatoriedade.²²

Por último, o princípio da função social do contrato, segundo Orlando Gomes atualizado por Humberto Theodoro Júnior, se divide em duas correntes interpretativas da função social do contrato. A primeira acredita que a função social é para proteger os interesses institucionais fora das relações contratadas, assim, a ofensa aos interesses institucionais acarretariam o fim do contratado. A segunda entende que são três os casos em que há lesão a tal princípio: quando há ofensa à interesses coletivos, quando há lesão à dignidade da pessoa humana e quando a finalidade do contrato é impossível de ser atingida.²³

Com o Código Civil de 2002, a preocupação com o bem comum foi adotada como um dos objetivos do ordenamento. No artigo 421 desse código a função social foi garantida e especialmente elevada ao principal princípio contratual vigente.

“Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”²⁴

²¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 19-21.

²² FIUZA, César. *Direito Civil*. 13. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 415.

²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37.

²⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 jun.2016.

Dentre os princípios contratuais, a autonomia da vontade se apresenta como o ponto central da doutrina contratual e por isso merece as considerações do item seguinte.

1.2 Histórico de ideias: Princípio da autonomia da vontade

No Direito Romano, tanto quanto nas sociedades antigas, já existia a figura do contrato, que era diferente da convenção. A ideia de convenção era a de um acordo que não tinha o poder de criar obrigações por si só, diferente do contrato. Esse último era dividido em quatro categorias: *verbis*, ostentados por palavras sacramentais; *re*, com a efetiva entrega do objeto; *litteris*, pela inscrição no códex; e *solo consenso*, que se limitava aos contratos de venda, locação, mandato e sociedade que eram realizados de acordo com as vontades. Nos três primeiros prevalecia a materialidade da declaração enquanto no último a vontade na realização do contrato.²⁵

Nessa perspectiva dos contratos existia outra figura no Direito Romano, o *pactum*, que não conferia ação as partes, somente vinculava exceções. O pacto e o contrato eram por fim consideradas espécies do gênero convenção, o que fazia a convenção mais abrangente que o próprio contrato. No Direito Moderno, Savigny²⁶, afasta a distinção entre pacto e contrato e utiliza como sinônimos os termos contrato e convenção, uma vez que toda convenção moderna tem força vinculante de obrigação.

²⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 8 e 9.

²⁶ Cf. Savigny, *Obbligazioni*, vol. II, § 52 apud PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 9. 2014.

Com o Código de Napoleão o contrato, com a mesma concepção de Savigny, era o que representava os interesses da burguesia e apenas considerado um instrumento para a aquisição de propriedade. A autonomia da vontade surgiu, neste ponto, como o único requisito para a transferência de bens e apenas isso. Somente com o Código Civil alemão que houve a elevação do contrato à título de negócio jurídico e a partir disso, a ideia atual de contrato, convenção e pacto como sinônimos prosperou.²⁷

A concepção de autonomia da vontade clara e livre de vinculação às formas de sua apresentação é difícil de se obter e no decorrer da história o direito teve que tentar desembaraçar a pura vontade das partes das formas pelas quais se apresentavam. Hoje essa separação está ainda mais difícil de se obter e a vontade pura e simples mais vinculada à sociedade.²⁸

A dogmatização acerca da Teoria Geral dos Contratos teve seu ápice no liberalismo que tinha o contrato como o negócio jurídico mais importante da época. O liberalismo pós Revolução Francesa, com muita influência das ideias de igualdade e liberdade, vinculou aos contratos princípios distantes dos atuais, com concepção individualista. À época, a intervenção do Estado nas relações privadas era mínima e a autonomia da vontade na época estava no auge de sua aplicação. A burguesia estava em pleno crescimento e a propriedade privada e seus meios de transferência eram o principal enfoque contratual da época, a propriedade transferia riquezas e era a mais segura forma de demonstrar poder. Vigoravam os princípios do liberalismo: defesa da propriedade privada, liberdade econômica, mínima intervenção do Estado

²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 362.

²⁸ RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 53.

na economia e a igualdade dos indivíduos. Para ilustrar esse período, Caio Mário da Silva Pereira argumenta:

Depois que o individualismo prosperou no século XVIII, proclamando a liberdade e a igualdade política, o homem do direito procurou defender a plenitude da liberdade jurídica no século XIX. Daí adveio a ideia de mais ampla liberdade de contratar, traduzida no princípio da autonomia da vontade, que Demogue ainda eleva a termos demasiadamente amplos. Proclamou-se que cada um tem o direito de proceder livremente, contratando ou deixando de contratar; ajustando toda espécie de avenças; pactuando qualquer cláusula; e que o juiz não pode interferir, ainda quando do contrato resulte para uma das partes a ruína completa. O contrato, como expressão da liberdade individual, seria incompatível com as restrições que se oponham a essa liberdade.²⁹

O individualismo extremo tomou conta da sociedade, principalmente após a Revolução Industrial, e o consumo exacerbado juntamente com a falta de interesse pelo público ocasionou na sociedade de massa. Com essa mudança, a dita igualdade que pregavam os liberais foi arrasada, uma vez que com o surgimento do consumo massificado, os contratos passaram a ser celebrados de forma impessoal e padrão. Os indivíduos não pactuavam mais os termos dos contratos, apenas aceitavam o que lhes era imposto e ainda assim, a autonomia da vontade e a igualdade das partes eram consideradas válidas.³⁰

A sociedade do século XX, com o aumento da produção, que passou a ser feita por máquinas, e consequentemente do consumo, ficou desprotegida perante o avanço da economia sobre os indivíduos. Surgiu então a necessidade de regular as relações de consumo que apareciam.

Desde a Grécia antiga há indícios de fiscais do comércio que defendiam os direitos dos hipossuficientes nas relações de consumo. Na Roma antiga existiam até mesmo institutos que resguardavam tais direitos, mas nada codificado ou

²⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 25. 2014.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

institucionalizado. Com a Revolução Industrial, o desequilíbrio entre consumidores e fornecedores aumentou de maneira exacerbada e com isso, no final do século XIX e início do século XX, houve a primeira codificação do Direito do Consumidor.³¹

No Brasil, somente em 1990 foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor.³² Com esse avanço, não só a relação contratual passa a ser protegida, como também o resultado do pactuado. Diante disso, o princípio da autonomia da vontade começa a perder sua importância em detrimento dos novos princípios contratuais contemporâneos.

Essa consequência se dá pela desigualdade presente nas relações de consumo de massa. Os contratos são elaborados somente pelos fornecedores, de forma a beneficiá-los, e os consumidores de forma hipossuficiente somente os aceitam, gerando um claro desequilíbrio de vontades dos contratantes.³³

No Brasil, o princípio da autonomia da vontade foi consagrado pelo Código Civil de 1916, que primava por uma sociedade patrimonialista e conservadora. Hoje, os interesses sociais e a primazia da sociedade em detrimento do indivíduo fizeram com que a limitação de contratar fosse imposta pelo novo Código Civil de 2002, que limitou o princípio da autonomia da vontade, primando pela função social do contrato.

Diante disso, atualmente impera no mundo contratual a crise da autonomia da vontade e dos contratos em si, que também é vista por muitos, não como uma crise, mas como “um capítulo novo de sua evolução, já que, através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes.”³⁴

³¹ CARVALHO, João Andrades. *Código de defesa do consumidor: comentários, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 14.

³² Lei nº 8.078: Vade Mecum. Brasília: Saraiva. 2016.

³³ SPEZIALI, Paulo Roberto. *Revisão contratual*. Belo Horizonte: DelRey, 2002, p. 58.

³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 27. 2014.

1.3 Relativização da autonomia contratual

Na atualidade, a paridade na celebração de contratos é algo raro e a regra é, sem dúvida, os contratos de adesão.³⁵ As relações contratuais são resultantes das diversas relações interpessoais presentes na vida em sociedade e o velho modelo individualista é deixado de lado, surge com isso, a Teoria Contratual Contemporânea que acrescenta princípios equilibradores das relações contratuais.

O surgimento desses princípios é o marco da nova teoria contratualista e nesse trabalho daremos ênfase à função social do contrato e à boa-fé. Esses dois princípios, por terem caráter equilibrante e social, muitas vezes atitam com os princípios contratuais clássicos. Com isso, o ordenamento jurídico e os operadores do direito têm que verificar qual deve prevalecer em benefício do interesse social. Daí surge a relativização da autonomia da vontade. Também ganha destaque nessa nova concepção contratual a constitucionalização do direito privado que também é meio de relativização da autonomia da vontade quando a mesma atrita com valores concebidos pela constituição.³⁶

A diferença entre a sociedade liberal e a atual é, em suma, a função do contrato para a sociedade. À época do liberalismo, o contrato era somente meio de circulação de riqueza, tinha papel neutro nesta relação. Amparado pela Teoria Clássica do Contrato³⁷, não havia interesse coletivo a ser perseguido e preservado,

³⁵ Contrato de adesão é aquele no qual as partes não tem liberdade de pactuar condições de forma igualitária. Neste contrato apenas uma parte elabora todas as cláusulas contratuais e a outra parte somente, como o próprio nome indica, adere ao contrato pronto.

³⁶ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 79.

³⁷ A teoria clássica contratual tem como princípios fundamentais a *autonomia da vontade*, o *consensualismo*, a *força obrigatória*, a *relatividade dos efeitos dos contratos* e a *boa-fé*. No entanto, os principais fundamentos desse modelo liberal de contrato são o livre consentimento e a igualdade

somente os interesses individuais das partes contratantes. Hoje, o contrato tem função social, e amparado pela Teoria Contemporânea do Contrato, o mesmo deve produzir o equilíbrio social na circulação de riquezas no sistema massificado no qual está inserido.

O homem não é mais visto de forma individual quando contrata, pois, seus atos geram efeitos sociais e o interesse social deve ser garantido. A autonomia da vontade deve obedecer aos ditames do novo ordenamento jurídico que adotou a socialização e constitucionalização do direito privado.³⁸

A igualdade na qual o liberalismo se baseava não existia de fato, era apenas uma igualdade formal que visava garantir os interesses da classe burguesa que estava se alçando ao poder. Foi necessário que o Estado interferisse nas relações contratuais individuais para que fosse possível a retomada do equilíbrio que havia sido rompido pela desigualdade fática. O meio encontrado para reestabelecer a igualdade foi a inserção de novos valores na legislação vigente.³⁹

Ainda assim, é fato que ainda existe a autonomia da vontade nas relações contratuais, ocorre que essa autonomia tem que estar de acordo e deve ser interpretada de modo a socializar o contrato. Os direitos e deveres pactuados devem levar em consideração os fins que o ordenamento jurídico vigente prega.⁴⁰

Diante disso, pode se afirmar que o Estado passou de um Estado liberal para um Estado Social, no qual segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy:

[...] se passou a exigir do Estado um diverso papel no campo jurídico – que fosse não apenas de proteção do direito, inclusive por meio da repressão à sua violação (Estado “garantidor”), mas sim e também contemplativo de uma

formal das partes, na medida em que o princípio da boa-fé sempre foi pouco aplicado e raramente lembrado nas relações contratuais.

³⁸ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 86.

³⁹ SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004, pag. 116.

⁴⁰ SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004, pag. 117.

função positiva, de promoção de objetivos determinados (Estado “dirigista”) [...]”⁴¹

Esse “Estado dirigista”, se refere ao Estado não só garantindo direitos e seus cumprimentos, como também, interferindo nos contratos para efetivar a igualdade entre as partes. Essa concepção, vem dos princípios e objetivos sociais do ordenamento jurídico, instituídos na modernidade, que por sua vez mitiga a autonomia da vontade. Isto porque, na modernidade, a lei e o ordenamento jurídico também são fontes da relação contratual.⁴²

Com essa interferência do Estado, para garantir a função social, muitos resultados contratuais acabam frustrados. A quebra do *pacta sunt servanda* pela ação do judiciário faz surgir o argumento de que a segurança jurídica é ameaçada e a previsibilidade e certeza do acordado é prejudicada, atrelando diretamente a crise da autonomia da vontade a uma crise da legitimidade do acordo, uma vez que o que foi pactuado legitimamente é facilmente quebrado.

Também cabe ressaltar, que a inclusão da função social do contrato, princípio contemporâneo, não é meramente legislativa, com o Código Civil de 2002, como posto anteriormente. Em 1942, já havia disposição na lei de introdução ao Código Civil de 1916 a respeito dos fins sociais do contrato e até mesmo na Constituição de 1988, havia a função social da propriedade. Isso mostra que não foi uma simples adoção do princípio pelo Código Civil de 2002, e sim uma evolução gradual do pensamento social a respeito do tema.

⁴¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6.

⁴² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7.

A Constituição de 1988 alterou a ordem jurídica vigente com a inserção de novos valores e fundamentos. Antes dela, os contratos e a propriedade privada eram regulados apenas pelo Código Civil de 1916. A partir dela, tais institutos passaram a serem regidos pelas diretrizes traçadas por ela, resguardando principalmente a dignidade da pessoa humana e os direitos coletivos.⁴³

O fato de determinado assunto ser abordado pela Constituição faz com que toda a leitura infraconstitucional do tema seja reinterpretada de acordo com a diretiva constitucional. Isso foi o que ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, as relações privadas foram deslocadas para a constituição.

Daí surge a ideia de constitucionalização do direito privado. A autonomia da vontade sofre aí sua maior limitação, derivada dos novos valores sociais impostos na constituição. A declaração de vontade não poderia mais contrariar a justiça social pregada e muito menos a função social de contrato e da propriedade.⁴⁴

Outra limitação que relativizou a autonomia da vontade nos contratos, que não o princípio da função social e a expressa constitucionalização do direito privado, é a boa-fé objetiva dos contratos. A boa-fé divide-se em objetiva e subjetiva. A primeira está relacionada com o dever de honestidade com a outra parte contratante. Já a boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância, presumida pelas circunstâncias, quanto a ferir direito alheio, a verdadeira convicção de estar agindo de forma correta. Tem-se que a boa-fé como princípio contratual é a objetiva.⁴⁵

⁴³ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 92 e 93.

⁴⁴ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 93.

⁴⁵ LOBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.145.

Tal princípio relativiza a autonomia na medida que limita a vontade expressa contratualmente à moral, ética, honestidade e bons costumes. Assim, a relativização neste caso não anula a vontade das partes, mas sim, busca harmonizá-la aos objetivos sociais.

Ademais, a boa-fé tem função hermenêutico-integrativa pois, nem todos os deveres estão pactuados, alguns deles decorrem naturalmente do contrato e o juiz quando de sua interpretação utiliza a lei, os costumes e por último o contrato. Como exemplo disso, no direito das obrigações há a cláusula geral de boa-fé que determina múltiplos e variados deveres como o de lealdade e auxílio mútuo.⁴⁶

Nesse sentido, é notória a função ético-jurídica exercida pela boa-fé objetiva que inibe o exercício ilegítimo do direito, abuso de direito. Essa função relativiza até mesmo expressas previsões legais que podem ser relativizadas por um princípio. Muitas vezes um direito previsto em lei é vedado por um princípio na análise do caso concreto, uma vez que pode significar abuso de direito.⁴⁷

Nesse sentido, o que se conhece por uma crise nos contratos é na realidade uma alteração das relações humanas e da realidade social que se reflete nos contratos e na jurisprudência que recai sobre eles.

Em conclusão, a autonomia da vontade não deve ser suprimida das relações contratuais a pretexto de se realizar a função social do contrato. Toda a teoria contratual deve girar em torno da vontade do contratante. É preciso, em cada caso, ponderar a vontade e os fins sociais alcançados pelo ajustado. Contrato sem vontade,

⁴⁶ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 136 e 137.

⁴⁷ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 148 e 149.

não se pode esquecer, constitui ato mais do que nulo, sendo classificado na teoria do fato jurídico como inexistente.

Adiante, trataremos da autonomia da vontade no ordenamento jurídico vigente, abrangendo a Constituição de 1988, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e o Código Civil de 2002.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL

Neste capítulo serão analisadas a autonomia da vontade e a função social do contrato no ordenamento jurídico vigente no Brasil. O primeiro tópico tratará desta análise diante da Constituição Federal de 1988. O segundo tópico fará a análise diante do Código de Defesa do Consumidor de 1990. Por fim, o terceiro tópico tratará da análise diante do Código Civil de 2002, a fim de estudar a sintonia e a harmonia entre esses dois princípios.

2.1 O direito da livre iniciativa e a função social do contrato na Constituição de 1988

A Constituição no ordenamento jurídico brasileiro tem a posição de mais alto grau em relação as demais fontes do direito. Sua supremacia perante as disposições legais infraconstitucionais é o pilar do pensamento constitucionalista brasileiro e é refletido até mesmo pelas características e qualificações da carta magna. Todos os atos realizados em dissonância com o conteúdo constitucional poderão ser

eliminados pelo poder judiciário quando do julgamento de inconstitucionalidade do ato.⁴⁸

O sistema jurídico brasileiro não é um sistema formado por normas igualmente ordenadas, mas sim, um sistema de normas escalonadas, uma validando a outra. Existe uma conexão entre as várias camadas de normas do sistema e o mais alto grau desse escalonamento valida todas as demais, é a norma fundamental que garante a unidade de conexão de toda a produção normativa. No ordenamento jurídico brasileiro, como dito anteriormente, a norma mais alta é a Constituição que para Hans Kelsen:

Se começarmos por tomar em conta apenas a ordem jurídica estadual, **a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais levado.** A Constituição aqui é entendida num sentido material, que dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um acto ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um acto legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição "escrita", para a distinguir de uma constituição não escrita, criada por via consuetudinária. A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente. As normas não escritas da Constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas; e, então, quando esta codificação é realizada por um órgão legislativo e, portanto, tem carácter vinculante, elas transformam-se em Constituição escrita ⁴⁹

No decorrer da evolução do direito civil, foi acontecendo sua aproximação do direito constitucional, tema que foi abordado no capítulo anterior, a chamada constitucionalização do direito privado. Com tal aproximação, relações pessoais e obrigacionais, que antes eram muito distantes e praticamente intocáveis pela constituição passaram a ser modificadas e interpretadas pelas diretrizes constitucionais.

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 4, 5 e 6.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra : Armênio Armado, 1984, p. 310.

O modelo adotado pelo ordenamento jurídico hoje é o da interpretação dos códigos e leis infraconstitucionais com base na constituição. O que era antes impensado e não utilizado, principalmente pelos civilistas é agora o adotado por todas as correntes majoritárias e jurisprudências da doutrina e da justiça. O sistema jurídico atual é unido e tem como ápice a carta magna, que tem o poder e o papel de unificar o pensamento e os princípios no ramo do direito.⁵⁰

A relação entre o Código Civil e a Constituição tem permitido especialmente após o Código Civil de 2002 revelar a diminuição da presença da autonomia da vontade. Com o surgimento da Constituição de 1988, em todo o seu contexto histórico e social, a vontade dos legisladores traduziu-se claramente garantia de igualdade social e econômica e não mais liberdade individual como no código anterior.⁵¹

A autonomia da vontade, com ápice no liberalismo, logo após a Revolução Francesa, sofreu brusca queda em sua importância na teoria contratual com o desenvolvimento do ordenamento jurídico, como será observado no decorrer deste trabalho.

A Constituição de 1988 trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento base da república democrática brasileira, antes dela esse princípio existia, mas não era tão considerado.

Para entender o novo paradigma criado pela inserção desse princípio como fundamento da república e de seu ordenamento, é necessário entender o seu

⁵⁰ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

⁵¹ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

conceito. Para Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, a dignidade da pessoa humana é tida como sua honra, causa, título e imagem, sem interpretação religiosa.⁵²

Essa concepção de dignidade teve seu ponto de partida no Renascimento, que pregava a superioridade do ser humano perante a natureza e principalmente a razão humana, que distinguia o homem das demais espécies animais.⁵³

O pensamento da Idade Média não trazia a dignidade e a superioridade humana atrelada à sua razão ou capacidade social. A filosofia cristã da época ponderava o homem com a imagem e semelhança de Deus. Daí essa condição humana de superioridade que o diferencia das demais espécies.⁵⁴

Após passar por etapas, as ideias a respeito desse tema desembocaram no constitucionalismo e nos direitos fundamentais, liberdade e propriedade, base para as revoluções burguesas do século XVIII.⁵⁵

Porém, segundo Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, somente com o pensamento Kantiano que a concepção de dignidade da pessoa humana ganhou seu atual significado. Depois de passar por um processo de laicização e racionalização a autonomia da vontade foi colocada como fundamento da dignidade humana, uma vez que se considerarmos a vontade um sentimento livre de coação e independente de instintos, tem-se que ela só é possível aos seres racionais e por isso limitaria todo o arbítrio humano. Seria assim, uma espécie de guardadora da dignidade.⁵⁶

⁵² PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: Ltr, 2009, p. 21.

⁵³ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: Ltr, 2009, p. 20.

⁵⁴ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: Ltr, 2009, p. 25.

⁵⁵ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: Ltr, 2009, p. 20-25.

⁵⁶ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: Ltr, 2009, p. 20.

Após a segunda metade do século XX, com o fim da segunda guerra mundial, houve uma forte mudança em relação a norma, foi abandonado o positivismo jurídico para a adoção da ideia de valoração normativa. Com isso a constituição passou a ser o centro do ordenamento e seu fundamento maior, a dignidade da pessoa humana passa a ser a maior preocupação e fonte de debates entre os juristas.⁵⁷

A mudança de perspectiva quanto a constituição fundou o Estado Constitucional que consiste na concretização da dignidade da pessoa humana e unificação do sistema jurídico e de seus valores fundamentais. Assim, não se trata mais de liberdade e autonomia individual e sim de implementar o valor ou os valores que melhor promoverem a dignidade humana.⁵⁸

A Constituição Brasileira de 1988, deu a base para a aplicação de todos os ramos do direito e fixou a dignidade da pessoa humana como parâmetro. A teoria contratual sofreu uma grande mudança com a promulgação da constituição, uma vez que a mesma definitivamente promovia a socialização do direito. O princípio da função social do contrato foi inserido pelo art. 170 da Constituição, buscando a conjuntura da livre iniciativa⁵⁹ contratual com a justiça social.⁶⁰

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 10.

⁵⁸ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

⁵⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003. p. 249. A liberdade de iniciativa envolve o livre exercício de qualquer atividade econômica, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão além da liberdade de contrato. A liberdade de contratar envolve: 1) a faculdade de ser parte em um contrato; 2) a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato; 3) a faculdade de escolher o tipo do negócio a realizar. 4) a faculdade de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções e conveniências das partes; e, por fim 5) o poder de acionar o Judiciário para fazer valer as disposições contratuais (garantia estatal da efetividade do contrato por meio da coação).

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; ”.

Ainda assim, em seu art. 1º, IV, a constituição brasileira determina com valor fundamental da República Federativa do Brasil a livre iniciativa, ou seja, a importância da iniciativa privada foi mantida em todo seu significado. Tem-se aqui justamente a ideia tratada no trabalho, a conjuntura da função social do contrato e da autonomia da vontade e a ponderação entre as duas, uma vez que ambas estão no mesmo patamar de importância no ordenamento jurídico vigente.⁶¹

Ao trazer a livre iniciativa como direito fundamental a constituição garantiu a qualquer indivíduo a possibilidade de produzir e circular riquezas, escolher profissões e os meios/processos usados para atingir suas finalidades. Nesse cenário, cabe ao Estado controlar essa liberdade de forma a garantir a justiça social, também fundamental.

Ao colocar a função social e a livre iniciativa como fundamentos da república, a Constituição de 1988 integrou os dois conteúdos, diferente do que fez o Estado Liberal, que separava a aplicação desses fundamentos.

Ocorre que, o fato de a livre iniciativa ter sido colocada na Constituição como direito fundamental do ser humano, não exime os doutrinadores e pensadores do direito de interpretações e divagações acerca do tema. Para alguns pensadores, a liberdade de iniciativa não se configura como direito fundamental, pois decorre diretamente da liberdade humana, ela simplesmente foi positivada pela ordem jurídica. Essa interpretação abre espaço para a relativização dessa liberdade em nome de outros direitos, esses sim, considerados fundamentais.⁶²

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".

⁶² CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Os valores sociais da livre iniciativa*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 171, set./2006, p. 74.

Assim, a autonomia da vontade, manifestada pela liberdade de iniciativa, sofre limitações e relativizações em decorrência da preponderância dos demais princípios e ditames constitucionais. Isso porque a interpretação da liberdade de iniciativa como fundamental aos homens está se tornando cada vez mais distante, uma vez que a socialização do direito privado pela Constituição de 1988 é mais forte. Portanto, para que a manifestação da vontade nos contratos seja válida, a mesma deve estar revestida de função social.

2.2 A autonomia da vontade no Código de Defesa do Consumidor de 1990

O direito contratual sofreu muitas mudanças ao longo dos anos. A evolução da sociedade e principalmente da economia foi preponderante para tais mudanças. A migração da economia agrária para industrial, o surgimento da sociedade de consumo e a ampliação da necessidade de contratar, foram alguns dos fatores responsáveis por essa evolução. Com isso, a intervenção do Estado na seara privada do indivíduo se intensificou, visando garantir a equivalência entre as forças econômicas e sociais.

63

Diante dessa evolução da teoria contratual, o Estado começou a editar normas limitadoras da autonomia da vontade para gerar maior equidade entre os contratantes. Tais normas delineiam a vontade contratual a fim de alcançar maior justiça social. A mais abrangente e conhecida dessas novas normas é o Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990.

⁶³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 267.

Hoje, não há mais a plenitude da autonomia da vontade como na teoria clássica contratual, há apenas uma ficção da liberdade que ora existia. Com o surgimento dos contratos de massa e de adesão tal liberdade foi claramente limitada. Não se fala mais em liberdade de contratação, uma vez que os polos da relação não têm igualdade de conhecimento sobre o objeto do contrato e muitas vezes nem escolha de seu parceiro contratual. Hoje há contratos obrigatórios, como os de prestação de serviços básicos de luz, água, telefone e outros, que mitigam completamente a liberdade de escolha do indivíduo de contratar ou não e com quem.⁶⁴

O crescimento da sociedade e da complexidade das relações entre os indivíduos fez com que surgissem novas técnicas de contratação, que atendiam melhor às necessidades contemporâneas. A contratação não mais se baseia em negociações bilaterais com ofertas e contra-ofertas e sim em condições gerais impostas por um polo e aceitas ou não pelo outro, como exemplo disso há o contrato de adesão.⁶⁵

O Código de Defesa do Consumidor, em resposta a essa evolução contratual, adotou a ideia de proteção da parte aderente, nesse tipo de contratação. Sancionado em 1990 e com entrada em vigor em 1991, as relações reguladas por ele são apenas as de consumo, nas quais há notadamente desigualdade entre as partes. Os fornecedores, produtores e comerciantes figuram como suficientes na relação de consumo já os consumidores, destinatários do produto são hipossuficientes.⁶⁶

⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 268.

⁶⁵ CARVALHO, João Andrades. *Código de defesa do consumidor: comentários, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 32.

⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A política adotada pelo Código de Defesa do Consumidor é a de proteção ao hipossuficiente ainda que imponha riscos profissionais aos fornecedores que não poderão transferi-los aos consumidores (hipossuficientes) por nenhuma manifestação de vontade contratual. Assim, qualquer manifestação de vontade pode ser posteriormente questionada pelo consumidor e anulada pelo judiciário quando estiver em desalinho com o código.

Essa política é espelhada no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4º, inciso I,⁶⁷ que trata da vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. A vulnerabilidade decorre da massificação das relações sociais e principalmente da necessidade de contratar serviços de massa, que já tratamos anteriormente.

A mitigação da autonomia da vontade manifestada em contratos consumeristas foi permitida também pela Constituição de 1988, uma vez que a mesma igualou o princípio da defesa do consumidor⁶⁸ aos demais princípios do art. 5º da Constituição, como o da propriedade privada e livre concorrência. Essa inclusão da defesa do consumidor entre os princípios fundamentais da constituição demonstra a preocupação do legislador em proteger o consumidor.

A edição do Código de Defesa do Consumidor deixa claro o interesse social do novo ordenamento jurídico. A prevalência do interesse social em detrimento do interesse individual fez com que o contrato entrasse em verdadeiro declínio já que seus pilares foram alterados e com isso sua força limitada. Não há mais real

⁶⁷ Código de Defesa do Consumidor: Vade Mecum. Brasília: Saraiva. 2016. “Art. 4º, “ A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]”

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. “Art. 5º, XXXII, o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

vinculação das partes ao contratado, uma vez que a relativização em favor de um polo é corriqueira e incentivada.⁶⁹

Por mais que a proteção prevista no código só englobe relações consumeristas, podemos dizer que sem dúvida altera muito a sociedade que basicamente é formada por consumidores e tem a maior parte de suas relações contratuais em matéria consumerista. Sendo assim, é necessário definir o campo de incidência dessa proteção constatando a relação de consumo. Não sendo constatada a presença de consumidor, não há incidência de proteção.⁷⁰

Na seara consumerista, a oferta do fornecedor tem que ser correspondente a expectativa do consumidor. A oferta vincula o fornecedor ao seu cumprimento de modo a atender a expectativa, sujeitando-o a sanções. De igual modo, as práticas abusivas por parte do fornecedor também serão punidas e revisadas. Tem-se por abusivas a imposição de prestações desproporcionais e excessivamente onerosas ao consumidor e até mesmo fatos supervenientes que desequilibrem a relação estabelecida. A revisão de cláusulas está prevista no art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor⁷¹ e é aceita quando necessário o estabelecimento de equilíbrio entre as partes, o que interfere diretamente na autonomia da vontade do fornecedor e até mesmo do consumidor, uma vez que manifestou concordância quando da contratação.

A relativização da autonomia da vontade fundamenta a proteção do consumidor, sem ela não seria possível tal proteção. Para garantir a expectativa do

⁶⁹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 27.

⁷⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁷¹ Código de Defesa do Consumidor: Vade Mecum. Brasília: Saraiva. 2016. “Art. 6º, “São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”.

consumidor é suprimida a vontade do fornecedor que é tido como suficiente na relação de consumo.

Quando se fala em direito do consumidor a relação contratual mais comum na sociedade atual é a regida pelos contratos de adesão. Tais contratos são dirigidos para o público e por isso são padronizados sem nenhuma peculiaridade fática concreta. O contratado é ofertado ao público em geral e depois há contato entre o ofertante e o possível aderente para concretizar a relação contratual. O aderente adere a cláusulas pré-estabelecidas sem nenhuma possibilidade de discussão a respeito, se concordar adere, caso contrário, o negócio jurídico não acontece. Nesse tipo de contrato há apenas uma vontade que consubstancia toda a relação, a do ofertante/fornecedor.⁷²

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Chamam-se *contratos de adesão* aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra. **Escritores mais extremados negam-lhe a natureza contratual, sob o fundamento de que lhe falta a vontade de uma das partes, a qual apenas se submete às imposições da outra. Restrição excessiva, rebatem os irmãos Mazeaud, já que a aceitação das cláusulas, ainda que preestabelecidas, lhe assegura aquele caráter.**⁷³ (grifo nosso)

O contrato de adesão por suas características distancia-se da teoria básica do direito das obrigações, uma vez que sua flexibilidade de se adequar à pluralidade de aderentes retira o caráter de vontade bilateral que deve ser manifestada pelos contratantes. Como se infere da citação acima, a simples aceitação pelo aderente aos termos do contrato retira a substância contratual e muitas vezes há indagação de se

⁷² CARVALHO, João Andrades. *Código de defesa do consumidor*: comentários, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 32.

⁷³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 66-67.

aquilo pode mesmo ser considerado um contrato válido, uma vez que falta a vontade expressa de uma das partes.⁷⁴

Além da filosofia de proteção ao hipossuficiente prevista no Código de Defesa do Consumidor, há por trás da relativização da autonomia da vontade a função social do contrato que deve ser perseguida como manda a constituição. A proteção ao consumidor deriva da função social do contrato, uma vez que o equilíbrio entre as partes contratantes é o objetivo dos dois institutos.⁷⁵

Portanto, a interpretação dos contratos consumeristas deve atender à hierarquia do ordenamento jurídico, atribuindo função social ao contrato e por consequência concedendo a proteção prevista no Código de Defesa do Consumidor.

2.3 A função social no Código Civil de 2002

A função social do contrato constitui hoje um dos limites para a aplicação da autonomia da vontade na teoria contratual. Como tratado anteriormente, esse princípio jurídico foi determinante na limitação histórica da autonomia contratual. A implementação da função social como princípio na Constituição Federal de 1988 foi o primeiro passo para sua inserção no ordenamento jurídico, que culminou na entrada em vigor do Código Civil de 2002, que tem como uma de suas bases a função social, do contrato e da propriedade.

O ordenamento jurídico não adota a função social apenas como mecanismo de limitação da autonomia da vontade no âmbito contratual. O art. 421 do

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 66-70.

⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 268.

Código Civil brasileiro⁷⁶ precisa ser analisado dogmaticamente para compreensão da funcionalidade desse mecanismo.⁷⁷

A funcionalização da autonomia da vontade tem como objetivo a eficácia social dos contratos firmados pela sociedade. A promoção da atividade econômica e da circulação de bens e serviços deve estar alinhada a utilidade social para assim, sejam um meio de alcançar o equilíbrio social, objetivo promovido pelo ordenamento.⁷⁸

Para Gerson Branco, é essencial, a fim de entender a maneira que se deu a inserção da função social pelo legislador, esclarecer a diferença entre função e finalidade da função social.⁷⁹

A função é a forma ou instrumento de aplicação do instituto. A finalidade é o próprio fim do instituto, ou seja, a função é o instrumento de aplicação para alcançar a finalidade. Essa diferenciação tem razão de existir, uma vez que interfere no foco de estudo do jurista sobre o tema. Assim, se o jurista estuda a função, tem foco no instrumento utilizado pelo instituto e nos seus reflexos, como a validade e eficácia. De outro lado, se o jurista foca na finalidade, seu estudo é direcionado aos efeitos gerados pelo mesmo instituto.⁸⁰

O legislador, não descreveu as hipóteses de incidência da função social quando da edição do Código Civil de 2002. Cabe assim ao juiz determinar e reconhecer a função e a finalidade desse instituto no caso concreto. Esse modelo

⁷⁶ Código Civil: Vade Mecum. Brasília: Saraiva. 2016. “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁷⁷ BRANCO, Gerson. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.74.

⁷⁸ BRANCO, Gerson. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.75.

⁷⁹ BRANCO, Gerson. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.

⁸⁰ BRANCO, Gerson. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.271.

adotado pelo Código, estruturado em normas gerais e princípios jurídicos, permite a ampliação dos efeitos do instituto, mas, ao mesmo tempo, aumenta a capacidade de interferência do Estado em relações já firmadas por particulares.⁸¹

A função social do contrato está, como já visto, explicita no Código Civil, art. 421. Essa norma é espelhada no art. 5º, XXIII, da Constituição⁸², uma vez que o modo de aquisição de propriedade e de qualquer relação negocial é por meio do contrato. Assim, entende-se que, se a propriedade tem que atender a função social, o contrato, como instrumento de aquisição, tem que atendê-la de igual maneira.

O direito individual de contratar é afetado pela função social por se tratar de um meio para alcançar a finalidade constitucional de equilíbrio social. O contrato, por ser o mecanismo das operações econômicas e circulação de riquezas se apresenta como instituto individual, mas de interesse coletivo. A estrutura sistemática do ordenamento não pode ser esquecida e, portanto, o caráter social dos contratos tem que ser observado.

De acordo com Judith Martins-Costa, a função social do contrato não deve ser considerada apenas um limite à liberdade contratual. Isto porque não é uma prescrição absoluta. A função social deve estar no conceito de contrato e como sua finalidade.⁸³

A finalidade específica da função social está em entender a liberdade contratual, não como exceção ao direito absoluto de liberdade contratual e sim como direito coletivo, para além dos indivíduos envolvidos no pacto. Dessa forma, a função

⁸¹ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 111.

⁸² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. “ Art. 5º, XXIII. A propriedade atenderá a sua função social. ”

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159.

social é colocada como diretriz contratual e, portanto, deve ser usada na formação e na interpretação dos pactos.⁸⁴

Assim, os textos constitucional, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, incluíram a função social como diretriz a ser observada em matéria contratual e no âmbito do direito privado como um todo. Essa inclusão não anula a autonomia da vontade, e sim, a remodela, fazendo com que a validade da autonomia da vontade esteja vinculada à função social, intrínseca à própria vontade. Dessa forma, diante da aplicabilidade dessa diretriz, no próximo capítulo serão abarcadas as decisões relevantes sobre esse tema nos contratos contemporâneos.

3 JURISPRUDÊNCIA SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE CONTRATUAL NOS CONTRATOS REGIDOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE 1990

Neste capítulo enfocaremos a jurisprudência acerca do tema. Serão analisados dois julgados dos quais: no primeiro, o princípio da autonomia da vontade prevaleceu e, no segundo, a função social prevaleceu. Abordaremos para tal análise, os conceitos e temas tratados nos capítulos 1 e 2 do presente trabalho.

3.1 Jurisprudências em favor da aplicação da autonomia da vontade contratual

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.160.

Ementa:

CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA DAS CHAVES. **MULTA MORATÓRIA. INVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE.** SENTENÇA MANTIDA. 1. Apelação contra sentença proferida em ação de conhecimento, com pedidos de revisão de cláusulas de contrato de promessa de compra e venda de imóvel na planta. 2. **O Judiciário não pode criar disposição contratual não ajustada, dando origem a uma obrigação não prevista no contrato ou na lei. 2.1. Por isso, não merece acolhimento o pedido de inversão da cláusula, prevista em detrimento apenas do consumidor, por importar em excessivo dirigismo judicial sobre a autonomia da vontade das partes e ao pacta sunt servanda.** 3. Jurisprudência: "(...) A inversão da cláusula penal moratória em favor do consumidor levaria o judiciário a intervir na relação criando cláusulas contratuais novas, não discutidas ou negociadas pelas partes, o que não é o seu papel. Precedentes" (20130710172204APC, Relator: J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, DJE: 26/03/2015). Código de Verificação :2016AC0ZADSCQUT9OSV6EJR33GM GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO EGMONT 1 Fls. ____ Apelação 20140710247534APC 4. Doutrina. Silvio de Salvo Venosa: "O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória e estaria estabelecido o caos. Decorre desse princípio a intangibilidade do contrato. Ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz intervir nesse conteúdo. Essa é a regra geral". (Silvio de Salvo Venosa, Teoria Geral dos Contratos). 5. Recurso improvido.⁸⁵ (grifo nosso)

Trata-se de Apelação interposta por JOSÉ CLEUDO DE ARAÚJO e TERESINHA TEODORO ABADIA DE ARAÚJO pretendendo a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais. A sentença de primeiro grau reconheceu a abusividade das cláusulas apontadas e condenou a ré ao pagamento de lucros cessantes e das taxas de IPTU até a entrega das chaves do imóvel, porém, afastou, a inversão da cláusula penal moratória 4.2. ⁸⁶

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20140710247534 (0024180-05.2014.8.07.0007). Segunda Turma Cível. Rel. João Egmont. Apelante: JOSÉ CLEUDO DE ARAÚJO e TERESINHA TEODORO ABADIA DE ARAÚJO. Apelado: TAGUATINGA QI 03 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. Brasília, 27 de jul. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20140710247534 (0024180-05.2014.8.07.0007). Segunda Turma Cível. Rel. João Egmont. Apelante: JOSÉ CLEUDO DE ARAÚJO e TERESINHA TEODORO ABADIA DE ARAÚJO. Apelado: TAGUATINGA QI 03 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. Brasília, 27 de jul. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Inconformados com a decisão em primeiro grau, os autores apelaram buscando a reforma da sentença quanto à inversão da cláusula moratória pretendida. Aduziram para tal pleito que a isonomia das partes contratantes deveria ser levada em conta e, portanto, perante a “falta de igualdade entre as partes”, o juiz deveria inverter a cláusula prevista como penalidade ao adquirente/comprador para aplicá-la no caso de mora do vendedor.⁸⁷

O recurso foi recebido reconhecidos os pressupostos de admissibilidade e foi improvido unanimemente. Ademais a sentença foi mantida.⁸⁸

O principal argumento utilizado na resolução do recurso foi o do excessivo dirigismo judicial no contrato e que tal dirigismo suprimiria a autonomia da vontade das partes e o princípio do “*pacta sunt servanda*”. O relator ainda se referiu à atuação judicial, salientando que a mesma deve ficar restrita ao reconhecimento de ilegalidades e nulidades das relações contratuais.⁸⁹

Além disso, o eminente relator destacou que o posicionamento da Segunda Turma é no sentido da não inversão das cláusulas penais moratórias, posto que, de forma contrária, estaria o judiciário criando cláusulas contratuais inexistentes na

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20140710247534 (0024180-05.2014.8.07.0007). Segunda Turma Cível. Rel. João Egmont. Apelante: JOSÉ CLEUDO DE ARAÚJO e TERESINHA TEODORO ABADIA DE ARAÚJO. Apelado: TAGUATINGA QI 03 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. Brasília, 27 de jul. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20140710247534 (0024180-05.2014.8.07.0007). Segunda Turma Cível. Rel. João Egmont. Apelante: JOSÉ CLEUDO DE ARAÚJO e TERESINHA TEODORO ABADIA DE ARAÚJO. Apelado: TAGUATINGA QI 03 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. Brasília, 27 de jul. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20140710247534 (0024180-05.2014.8.07.0007). Segunda Turma Cível. Rel. João Egmont. Apelante: JOSÉ CLEUDO DE ARAÚJO e TERESINHA TEODORO ABADIA DE ARAÚJO. Apelado: TAGUATINGA QI 03 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. Brasília, 27 de jul. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

relação jurídica, o que feriria o princípio da autonomia da vontade exercido quando da livre negociação dos termos contratuais. Tal inversão a pretexto de correção de eventual abuso ou injustiça não tem sustentação jurídica.⁹⁰

No caso narrado, o poder judiciário foi convidado a se manifestar sobre a possibilidade de alteração de cláusulas contratuais em favor de consumidores ditos hipossuficientes em contrato de compra e venda de imóvel. A função social, boa-fé, equilíbrio contratual e a vulnerabilidade de uma das partes, que foram temas de estudo no presente trabalho de monografia, não podem ser sempre predominantes e admitidos como motivo para alteração de toda e qualquer cláusula contratual.

A apelação em questão, não traz como ponto de discussão cláusula abusiva a ser reformulada. De modo contrário, é apenas uma das cláusulas moratórias presentes no contrato e que de maneira costumeira é destinada à punição pelo atraso no pagamento pelo promitente comprador/adquirente do imóvel. Não há nada de abusivo em estabelecer cláusulas direcionadas a uma ou outra parte, contanto que não se exclua a mesma proteção contratual à parte contrária, para manter o equilíbrio no contrato.⁹¹

No Brasil, o judiciário recebe milhares de demandas com o intuito de, com base na proteção ao consumidor, reestruturar cláusulas contratuais alegando

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20140710247534 (0024180-05.2014.8.07.0007). Segunda Turma Cível. Rel. João Egmont. Apelante: JOSÉ CLEUDO DE ARAÚJO e TERESINHA TEODORO ABADIA DE ARAÚJO. Apelado: TAGUATINGA QI 03 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. Brasília, 27 de jul. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20140710247534 (0024180-05.2014.8.07.0007). Segunda Turma Cível. Rel. João Egmont. Apelante: JOSÉ CLEUDO DE ARAÚJO e TERESINHA TEODORO ABADIA DE ARAÚJO. Apelado: TAGUATINGA QI 03 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. Brasília, 27 de jul. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

desequilíbrio contratual e abusividade dos fornecedores. Ocorre que, os princípios contratuais clássicos, ainda que presentes os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, não são totalmente suprimidos.

No caso concreto em questão há visibilidade da adoção da autonomia da vontade em consenso com a função social do contrato. O estabelecimento de cláusula moratória não foi abusivo por isso foi mantida da maneira como foi pactuada. O princípio da autonomia da vontade não prevaleceu à função social, e sim, se adequou a mesma, o que foi reconhecido pelo judiciário.

Assim, ao direito contratual contemporâneo resta o esclarecimento da diferença entre a limitação da autonomia da vontade e o descumprimento do contratado avalizado pelo poder judiciário. Esse esclarecimento se dá com a análise jurisprudencial e com a aplicação pelos intérpretes do direito, das normas e princípios de acordo com o caso concreto e não de maneira literal e massificada.⁹²

3.2 Jurisprudência em desfavor da aplicação da autonomia da vontade contratual

Ementa:

CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. 'PACTA SUNT SERVANDA'. MITIGAÇÃO. CONTRATO BANCÁRIO. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. NULIDADE DE CONTRATO COM CLÁUSULAS ABUSIVA. ONEROSIDADE EXCESSIVA. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. NÃO CABIMENTO 1. **A tese recursal que alega autonomia de vontade do contratante, buscando afastar a intervenção judicial quanto aos termos do acordo imposto ao consumidor, via atendimento telefônico, cujas condições contratadas em flagrante desproporção não restaram devidamente esclarecidas, esbarra no entendimento jurisprudencial da relativização do princípio do pacta sunt servanda, em face da manifesta onerosidade abusiva imposta ao consumidor.** 2. O art. 20, §4º, do CPC estabelece que nas causas em que não houver condenação, os honorários advocatícios serão

⁹² SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do contrato*. 2. Ed. São Paulo: Método, 2004, p. 49 e 50.

fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Considerando que a tramitação do feito se iniciou em setembro de 2012, na Cidade Satélite do Núcleo Bandeirante e que não restou evidenciada qualquer desídia por parte dos patronos do autor a macular o trabalho realizado, conclui-se que os honorários advocatícios foram fixados de acordo com as diretrizes do art. 20, §4º, do CPC, não havendo motivos razoáveis para redução do valor arbitrado, que não se mostra exorbitante. 3. Recurso conhecido e improvido.⁹³ (grifo nosso)

Trata-se de apelação interposta por Banco do Brasil AS pretendendo a reforma da sentença que julgou procedente a ação declaratória ajuizada pelo apelado. A sentença apelada considerou nulo o contrato de refinanciamento da dívida declarando, para tal, que o apelado não incorreu em mora quando do não pagamento da sétima parcela do contrato de financiamento original. Além disso, condenou o ora apelante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.000,00.⁹⁴

Inconformado, o Banco apelou da sentença afirmando que os contratos são válidos e que o apelado anuiu com todas as suas cláusulas e que, ademais, a multa moratória cobrada estava de acordo com a resolução do Banco Central do Brasil. Aduziu por fim, que não era fornecedor, por ser instituição financeira, e que por isso, não poderia ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, e questionou o valor arbitrado à título de honorários.⁹⁵

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20121110042492 (0003952-65.2012.8.07.0011). Segunda Turma Cível. Rel. Leila Arlanch. Apelante: BANCO DO BRASIL AS. Apelado: JOSÉ OZETI VASCONCELOS. Brasília, 3 de fev. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> . Acesso em: 10 mar. 2017.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20121110042492 (0003952-65.2012.8.07.0011). Segunda Turma Cível. Rel. Leila Arlanch. Apelante: BANCO DO BRASIL AS. Apelado: JOSÉ OZETI VASCONCELOS. Brasília, 3 de fev. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> . Acesso em: 10 mar. 2017.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20121110042492 (0003952-65.2012.8.07.0011). Segunda Turma Cível. Rel. Leila Arlanch. Apelante: BANCO DO BRASIL AS. Apelado: JOSÉ OZETI VASCONCELOS. Brasília, 3 de fev. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> . Acesso em: 10 mar. 2017.

O recurso foi recebido, reconhecidos os pressupostos de admissibilidade e improvido unanimemente.

Primeiramente, a relatora declarou que o apelante está sujeito às regras da legislação consumerista e que tal discussão está pacificada pela súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça⁹⁶.

Em seguida, atacou a tese recursal que alega a autonomia da vontade para afastar a intervenção judicial no caso concreto. Nesse ponto a relatora afirmou que tal tese esbarra no entendimento jurisprudencial da relativização do princípio do “*pacta sunt servanda*” quando há onerosidade abusiva ao consumidor. Nesse sentido, traz a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais que importem desvantagem ao consumidor, ainda que decorrentes de pacto por ele firmado, sendo possível a revisão de contratos bancários.⁹⁷

Por fim, na análise do voto da relatora, houve a manutenção do valor fixado à título de honorários advocatícios com base na dedicação dos patronos do apelado com a ação proposta.⁹⁸

No caso analisado, o judiciário se manifestou favorável à relativização do princípio contratual da autonomia da vontade diante de abuso evidente de uma das partes. Essa decisão demonstra que a revisão contratual não viola, pura e

⁹⁶ “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. ”

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20121110042492 (0003952-65.2012.8.07.0011). Segunda Turma Cível. Rel. Leila Arlanch. Apelante: BANCO DO BRASIL AS. Apelado: JOSÉ OZETI VASCONCELOS. Brasília, 3 de fev. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> . Acesso em: 10 mar. 2017.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20121110042492 (0003952-65.2012.8.07.0011). Segunda Turma Cível. Rel. Leila Arlanch. Apelante: BANCO DO BRASIL AS. Apelado: JOSÉ OZETI VASCONCELOS. Brasília, 3 de fev. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> . Acesso em: 10 mar. 2017.

simplesmente, o princípio da autonomia da vontade e do “*pacta sunt servanda*”, há uma modulação das vontades expressas no contrato à função social e ao equilíbrio econômico.

Nesse ponto, entendeu-se que a função social do contrato foi violada quando, na relação consumerista, o Banco ameaçou o consumidor com a negativação de seu nome se este não refinanciasse o valor que devia. Isso, considerando o fato comprovado de a mora não ter sido constituída por culpa do consumidor.⁹⁹

A instituição financeira não poderia estipular juros e multas que lhe conviesse dentro de contratos bancários diante da hipossuficiência do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor, como vimos anteriormente, traz mitigações aos princípios da autonomia da vontade e do “*pacta sunt servanda*” para viabilizar intervenções judiciais com a finalidade de manter o equilíbrio contratual e preservar a função social trazida pelo ordenamento jurídico.¹⁰⁰

É claro, no ordenamento jurídico, que a autonomia da vontade deve ser preservada, mas, em casos como o analisado, não há de fato autonomia. Há, na realidade, uma predominância de vontade que causa desequilíbrio e onerosidade para a parte mais fraca. É diferente do caso narrado no tópico anterior, que não havia onerosidade excessiva para uma das partes e sim, simples direcionamento específico de cláusulas contratuais.

Ao utilizar-se de má-fé para forçar o consumidor a realizar refinanciamento de seu débito com a instituição financeira, a mesma deixou claro a abusividade no

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20121110042492 (0003952-65.2012.8.07.0011). Segunda Turma Cível. Rel. Leila Arlanch. Apelante: BANCO DO BRASIL AS. Apelado: JOSÉ OZETI VASCONCELOS. Brasília, 3 de fev. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> . Acesso em: 10 mar. 2017.

¹⁰⁰ SPEZIALI, Paulo Roberto. *Revisão contratual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 135.

contrato firmado. A declaração, na sentença de primeiro grau, de nulidade de tal contrato foi correta e preservou os princípios que permeiam, não só o Código de Defesa do Consumidor, como todo ordenamento.¹⁰¹

Assim, a interpretação dada hoje aos princípios contratuais é a de que devem coexistir em harmonia. Não há prevalência de um sobre o outro, e sim a modulação dos princípios ao caso concreto. Em alguns casos a autonomia da vontade será moldada pela função social, em outros, a função social será moldada pela autonomia da vontade. Sendo que, o interesse social sempre deverá ser o fim buscado pelos intérpretes do direito.

¹⁰¹ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147.

CONCLUSÃO

Foi abordado no presente trabalho o tema da autonomia da vontade contratual e seus efeitos diante da Teoria Contratual Contemporânea e seus princípios. Os resultados do trabalho demonstram como se dá a convivência dos princípios da autonomia da vontade e da função social do contrato no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Este trabalho tem como principal importância a confirmação da possibilidade de harmonizar os princípios contratuais clássicos com os contemporâneos, havendo a modulação dos princípios para adequação ao caso concreto. A justificação para a importância do presente estudo se dá pela relevância que as relações contratuais têm na sociedade, uma vez que constituem a mais importante forma de circulação de riquezas e a única forma de aquisição de propriedade.

No primeiro capítulo tratou-se da conceituação do tema. No tópico um, foi abordada a teoria geral dos contratos. No segundo tópico, foi feito um breve histórico da autonomia da vontade. Já no terceiro tópico foi abrangida a relativização da autonomia da vontade frente à teoria contratual contemporânea.

Analisou-se no capítulo dois a legislação pertinente à autonomia da vontade no ordenamento brasileiro. No tópico um com foco na Constituição Federal, com destaque na livre iniciativa como fundamental para análise da autonomia privada e em contraste com a função social. O segundo tópico tratou da autonomia da vontade no Código de Defesa do Consumidor concluindo por constatar que esse diploma mitiga, em muito, a autonomia da vontade em face da hipossuficiência do consumidor. Por fim, o terceiro tópico abrangeu o Código Civil que fixou dispositivo específico que

instituiu a função social como limite à autonomia de contratar. Assim, o ordenamento de forma geral, limita, ou ao menos modula a liberdade de contratar.

No terceiro capítulo, foi abordada a análise jurisprudencial acerca da autonomia da vontade em face de casos concretos. No primeiro tópico foi analisada decisão favorável à manutenção do contratado, autonomia da vontade, que no caso concreto, não ia de encontro à função social do contrato. No tópico dois, a decisão analisada modificou o contratado no caso concreto em face da abusividade dos termos contratados, que foram de encontro com os preceitos do ordenamento jurídico. Concluiu-se que a interpretação do caso concreto depende de ampla análise do ordenamento jurídico e ponderação entre seus institutos, visando a aplicação que mais alcança seus objetivos.

Esclareceu-se que, mesmo diante da relativização da autonomia da vontade, ela é fundamental para a validade dos contratos e para a interpretação de todo o direito privado.

Portanto, foi confirmada a hipótese de que a autonomia da vontade deve ser modulada a fim de atender a função social do contrato. Por isso, mesmo que presente a autonomia da vontade, se esta não estiver de acordo com os parâmetros do ordenamento jurídico será relativizada.

Ademais, também foi constatado que quando a autonomia da vontade é expressa de maneira válida, estará em harmonia com a função social do contrato. De forma contrária, se esta for desproporcional ou não puramente autônoma, será relativizada, por perder a essência da vontade.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Gerson. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20140710247534 (0024180-05.2014.8.07.0007). Segunda Turma Cível. Rel. João Egmont. Apelante: JOSÉ CLEUDO DE ARAÚJO e TERESINHA TEODORO ABADIA DE ARAÚJO. Apelado: TAGUATINGA QI 03 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. Brasília, 27 de jul. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC nº 20121110042492 (0003952-65.2012.8.07.0011). Segunda Turma Cível. Rel. Leila Arlanch. Apelante: BANCO DO BRASIL AS. Apelado: JOSÉ OZETI VASCONCELOS. Brasília, 3 de fev. De 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> . Acesso em: 10 mar. 2017.

CARVALHO, João Andrades. *Código de defesa do consumidor: comentários, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

Código Civil: Vade Mecum. Brasília: Saraiva. 2016.

Código de Defesa do Consumidor: Vade Mecum. Brasília: Saraiva. 2016.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Os valores sociais da livre iniciativa*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 171, set./2006, p. 74.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Volume 3.

FIUZA, César. Direito Civil. 13. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Volume 3.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra : Armênio Armado, 1984.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: Ltr, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004.

SPEZIALI, Paulo Roberto. *Revisão contratual*. Belo Horizonte: DelRey, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.